Marorazgo an enduatr

23

381



POR

D. ANA DE QVERO ESCABIAS, MVGER

DE DON LVYS PALOMINO SIRVENTE, hija de don Luys de Quero Escabias, Cauallero de la Orden de Santiago, difunto.

EN EL PLEYTO.

CON D. CATALINA DE QVERO ESCABIAS, muger de don Miguel Iurado Escabias, todos vezinos de la ciudad de Andujar.

EN RESPVESTA DE LA INFORMACION contraria.

En Granada, en la Imprenta Real, por Francisco Sanchez, en frente d el Hospital del Corpus. Año de 1654.



ARA PROCEDER con claridad y distincion en esta informacion, y satisfazer a lo que de contrario se opone, discurrirê por los tres puntos que por el Abogado contrario se proponen por su orden.

PVNTO PRIMERO.

En el qual se funda, que la disposicion de Catalina Rodriguez no fue de vinculo ni mayorazgo perpetuo, sino que tan solamente fundò vn fideicomisso familiar en fauor de Iuan de Quero su sobrino, y sus descendientes, y en los de la familia del susodicho.

2 ¶ Pondera el Abogado contrario desde el num. 17. hasta el 37. de su informacion las conjeturas que de las palabras de la disposicion de la dicha Catalina Rodriguez se induzen para verificar quiso fundar mayorazgo perpetuo de los bienes de la dicha disposicion, todas las quales confiessa ingenuamente don Luys; son las que por los Doctores se ponderan para induzir mayorazgo perpetuo.

3 ¶ Cæterùm se han de entender en el caso que los Doctores hablan, y aplican, que es, quando se ajustan a la voluntad y disposicion de la testadora; no empero quando ay voluntad expressa, contraria a la naturaleza de los mayorazgos, como en el caso presente, donde por ningun camino se pueden aplicar a la sucession de lo dispuesto por la dicha Catalina Rodriguez las reglas de los mayorazgos, por las diferencias grandes que dellos a la disposiciõ de la dicha Catalina ay (quas inferius enarraua) porque aqui estamos en terminos de vna expressa y clara voluntad, sinque para su interpretacion sea necessario

sario

sario recurrir a conjecturas, porque por expressas y claras palabras la dicha Catalina Rodriguez diò la forma y orden, dispuso el modo con que se auia de suceder en su disposicion, que fue, de que huuiesse de suceder Iuan de Quero Turrillo primer donatario, y despues lo dexasse a vn hijo, ò hijos suyos, y si no tuuiesse hijos, que viniessen los bienes de la dicha disposicion a sus herederos, y assi fuessen sucediendo de vnos en otros para siempre jamas con el grauamen de las nueue Missas en cada vn año, quæ quidem dispositio attendenda, & obseruanda est ad vnguem, *l. in conditionibus, ff. de condition. & demonstration. l. cum virum, C. de fideicommiss. l. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebel.*

4 ¶ La qual dicha disposicion longe distat à successione maioratus Hispaniæ, ni en ella demanera alguna tienen lugar las reglas de los mayorazgos, porque ay muy grandes diferencias dellos a la dicha disposicion.

5 ¶ In maioratibus namque vnus tantum admittitur habita consideratione lineæ, sexus, ætatis, prærrogatiue inter plures eodem gradu propinquos, aut proximos, y que los bienes se conserven en vn indiuiduo, sin que se pueda diuidir la comodidad, ni la administracion de ellos, ni de la jurisdicion, si la tienen: vt animadvertit Dom. Molin. *lib. 1. cap. 1. num. 22. & in cap. 11. num. 7.* vbi ait: *Quod adeò indiuidua sunt, vt neque iurisdictionem exercitium, neque commoditas, neque administratio rerum maioratus diuidenda sunt, sed omnia vni, eidemque primogenito adiudicari debeant.* Y que auiendose de suceder en ellos por derecho de primogenitura, qual quiera genero de diuision repugna a su misma naturaleza.

6 ¶ De lo qual resulta vna diferencia grande entre la disposicion de la dicha Catalina, y los mayorazgos de España: porque la voluntad de la dicha donante en la dicha disposicion fue de que sucediessen despues del primer donatario todos los hijos que tuuiesse, lo qual se halla executado por el susodicho,

dexan-

dexandole los bienes de la dicha donacion a diez hijos que tuuo, y diuidiendolos estos entre si por iguales partes, lo qual pudo hazer el dicho donatario eligiendolos a todos conforme a lo que se funda en la alegacion principal en el num. 5. y 9. a los quales yo añado a Tondut. en las resoluciones ciuiles *cap. 50. num. 20. cum seqq. omnino videndus*, ibi: *Et haec sententia, quod per generalem haredis institutionem censeatur facta electio ab eo, qui ad id potestatem habebat, verior est, & receptior, at qui in praxi approbata, & cap. 51. num. 1. cum seqq.*

7 ¶ Tûm, porque esto se halla mas ajustado a la voluntad de la dicha donante respeto de que la elecciõ que el donatario hizo en todos los dichos diez hijos para que sucediessen en todos los dichos bienes, se ha de reputar por hecha por la donante mesma, ad textum in *l. vnum ex familia, §. si de falcidia, ff. de leat. 2.* ibi: *Quid est enim vt de suo videatur reliquisse, qui quod reliquis omnino reddere debet.* Y lo que notan los Doctores en el, & dicta lex in principio, ibi: *Quod postquam electus est, ex alio testamento capere potest: l. Lucius la segunda, §. fin. ff. eod. l. pater ex Prouincia, ff. de manumiss. vindict.* Dom. Molina *lib. 2. cap. 4. num. 5.* Tonducto *dict. cap. 50. num. 34.* Luego la dicha voluntad fue clara de que huuiessen de suceder muchos en la dicha donacion a vn mismo tiempo.

8 ¶ Y con mayor razon procede atendiẽdo, que auiendo puesto la testadora que eligiesse el donatario a vn hijo, despues ampliando su disposiciõ le dispone la dexe a sus hijos, ibi: *O hijos*, cuya dicciõ, *aut*, aunque es alternatiua, procede quando inter res apponitur, secus vero si inter personas, tunc enim pro coniuncta accipitur: vt probat textus *in l. cum quidam 4. C. de verbor. significat.* vbi notãt Baldus, Salicet. Ias. & cæteri, *l. si Titio aut Seyo, ff. de legat. 2.* Menoch. *consf. 187. à num. 18.* Hondedeus *consf. 2. à num. 5. volum. 1.* Cancer. *lib. 1. variarum, cap. 1. à num. 52.* Cened. *singular. 6. num. 11.* Augustin. Barbosa *de diction. diction. 46. num. 5. & 9.*

b Tûm,

9 ¶ Tùm, porque de la dicha disposicion se deduze y saca quiso la dicha Catalina Rodriguez que sucediessen muchos a vn tiempo en la dicha disposicion, llamando a muchos a vn mesmo tiempo; ibi: *Vuestros hijos.* Et ibi: *Vengan a vuestros herederos.* Et ibi: *Vengan sucediendo de vnos en otros.* Et ibi: *E los dichos vuestros herederos quedeys obligados.* Et ibi: *Y si vos, e vuestros sucessores, en quien sucedieren los dichos bienes.* De cuya repeticion de llamamientos en numero plural se induze quiso sucediessen muchos a vn mismo tiempo, pues si quisiera lo contrario llamara en numero singular y sucessiuamente a los demas, Fontanel. *decis. 32. num. 24.* ibi: *Et quod donator voluerit vni tantum bona sua deferenda, manifeste demonstrasse dicebatur, cum duos filios, & duas filias habens, nõ omnes simul, sed prius Arnaldum, posteà, Berengarium Arnaldum, posteà Arcedim, & vltimo loco Aliardam vocat.* Surd. *cons. 375. num. 29. in med.* Y cessan las conjecturas que se ponderan por los Doctores para entender quiso sucediesse vno solo, vt videre est apud Menoch. *quæst. 380. num. 12. cum seqq.*

10 A lo qual el Abogado contrario desde el num. 40. quiere satisfazer diziendo, que estos llamamientos colectiuos se han de entender ordine successiuo, sucediendo vno, y despues los demas por el dicho orden, para lo qual cita en el num. 42. a la *l. cum pater, §. à te peto, ff. de legat. 2. l. hæredes mei, §. fin. ff. ad Trebelian.*

11 ¶ Los quales textos no son aplicables al caso presente, porque se entienden quando la sujeta materia lo persuade; seu ordinata charitatis affectio: pero no quando, como en el caso presente, se presume que la donante tuuo el mismo amor al vn hijo del primer donatario que a todos los demas, ò a vn heredero, ô sucessor mas que a los demas herederos, ò sucessores, optimè Dom. Molin. *lib. 1. cap. 6. num. 4.* ibi: *Secundò occurrit etiam alia communis regula, quod scilicèt quando plures sunt vocati per copulam, inter quos solum cadit ordo charitatis, & affectio-*

affectionis; absque vlla necessitate instituendi, vel substituendi: prout contingit quando testator instituit fratrem suum, & eius filios, vel aliam institutionem similem fecit: tunc huiusmodi personæ censentur vocatæ simul, & semel: ita vt eodem tempore in eius hæreditate concurrant: non autem ordine successio, nec secundum qualitatem affectionis.

12 ¶ Ni los lugares que se refieren por el Abogado contrario en el num. 41. & 42. del señor Molina *lib. 1. cap. 4. num. 13.* Dom. Castillo *lib. 5. cap. 96. num. 8.* no prueuan la conclusion para que se traen, de que vnus post alium debeat succedere.

13 ¶ Tum, porque quando el llamamiento de muchos se entiende ordine successiuo, es en caso de disposiciõ expressa de mayorazgo, porque entonces se presume que el testador quiso se conservasse su memoria perpetuamente; y consiguientemente que sucediesse vno solo, vt videre est apud Dom. Molinam *lib. 1. cap. 6. num. 5. cum seqq.*

14 ¶ Todo lo qual cessa en la disposicion presente, por no ser de mayorazgo, sino que se trata de induzir y verificar por conjecturas, a las quales se entra oponiendo la voluntad de la mesma testadora que quiso sucediessen muchos en la disposiciõ de sus bienes, con lo qual declarô expressamente no auer querido fundar mayorazgo, sino fideicomisso familiar para que los parientes en igual grado de su familia sucediessen.

15 ¶ Y para corroborar mas su discurso el Abogado contrario en prouar que ordine successiuo se ha de suceder, pondera num. 47. el grauamen de Missas, la prohibicion de enagenacion; y la palabra, *para siempre jamas.*

16 ¶ A lo qual respondo; que la carga de Missas no impide la diuision, porque siempre se entiende yr la cosa misma con el mismo grauamen; *l. nihil proponi, ff. de legat. 1.* ibi: *Salva tamen causa legati.* Bart. *in l. codicillis, §. instituto, & l. fundus quæ, ff. de annuis legatis.* Dom. Lara *de Capellan. lib. 1. cap. 8. num. 11. & 12. & num. 22.* Anton. Fabro *in suo*

Co

Codice, tit. de pignoribus, definit. 25. & 33. Nicolaus Banderius *in suis singularibus, singular. 7.*

17 ¶ Tùm, porque la palabra, *para siempre jamas*, apela solo sobre el grauamen delas dichas Missas, vt constat ex dicta clausula, ibi: *Porque esta es mi voluntad, que las dichas Missas se digan para siempre jamas.* Y esto siempre queda assegurado aunque passen los bienes a qualesquiera personas.

18 ¶ Tùm, porque de la diuision no se frustra el intento de que se conseruen entre los parientes los dichos bienes, porque solo ha de ser entre ellos mismos: ad textum *in l. filius familias, §. cum pater, ff. de legat. 1.* Fusario *de substitut. quæst. 707. num. 2. cum seqq.*

19 ¶ Antes es executar la voluntad de la testadora que quiso socorrer a todos los parientes estando en vn mismo grado, dandoles prorrata igual porcion a todos, regulandose con la disposicion de derecho comun, *l. peto, §. fratre, ff. de legat. 2.* ibi: *Omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerint, l. cum ita, §. in fideicommis. ff. eod. tit.*

20 ¶ Tùm etiam, porque tan agena estuuo la donante de querer fundar mayorazgo, que antes en el principio de la donacion dize, *que se los dà para que los pueda vender, enagenar, trocar, y cambiar.* Y luego pone la clausula, ibi: *Esto con tanto* (que es sobre que se sufre el pleyto, con que fue visto querer grauar losdichos bienes con el fideicomisso familiar referido, mirando por los de su familia.

21 ¶ De que resulta no pequeña conjectura para entender no quiso la donante fundar mayorazgo, si no solo fideicomisso, nam à primordio tituli posterior euentu regulari debet, *l. vnica, C. de imponend. lucratiu. discret. lib. 10. l. in ratione, §. si filio, ff. ad leg. falsid. l. quid quod, ff. de donat.*

22 ¶ Et ex his remanet, en quanto a el primero punto, que en la disposicion de la dicha Catalina Rodriguez no se fundò vinculo ni mayorazgo, si no solo vn fideicomisso familiar para todos los de su familia.

PVNTO

PVNTO SEGVNDO.

En que se prueua no auer quedado fundado mayorazgo porlos instrumentos que se han presentado, que es el vno, el vinculo de fray Esteuan de Quero, y el otro la transacion del año de 8. ni tampoco por el testamento de don Manuel, ni por las donaciones de el año de 603. 604. y 607.

23 ¶ Dize el Abogado contrario, que con supuesto de que los bienes de la dicha Catalina se pudieron diuidir entre los hijos de Iuan de Quero Turrillo, y que cada vno de estos puede disponer dellos, se sigue con euidencia, el que se les ha de conceder, pudieron fundar vinculo los que intervinieron en la escritura de transacion, por ser mas conforme a la voluntad de la testadora.

24 ¶ A que respondo, que el diuidirse los dichos bienes no es para que cada vno pueda disponer dellos de la manera que le parezca, si no para que los dexe a sus hijos, y si no los tuuiere a los parientes con que se hallare en igual grado, sin que pueda dexarlos a vno solo, prefiriendolo a los demas, y esto quedarà prouado plenamente en el punto tercero, al qual nos referimos.

FVNDASE, QVE POR LA ESCRItura de transacion del año de 8. no quedaron vinculados los dichos bienes.

25 ¶ Don Luys ha impugnado la dicha transacion por ser falsa, para loqual se puede valer de dos medios, ò de que es falso el instrumento por padecer algun vicio visible, ò otro defecto en su essencia.

26 ¶ O porque, aunque el instrumento sea en si cierto, el contrato comprehendido en el es simulado, Pareja *tit. 1. resolut. 3. §. 2. num. 63. & n. 69.*

alios referens *l. emptor*, vbi gloss. & Bart. *ff. de aqua pubia arcend. l. qui sub imagine, C. de distract. pignor. l. imaginaria, ff. de regul. iur.* Alexander *cons. 142. nu. 9. lib. 5.*

27 ¶ Y por ambos medios verifica don Luys claramente la falsedad de la dicha transacion.

28 ¶ Por el primero, porque no es dudable que para su verificacion se admitan conjecturas y presunciones, Surd. *cons. 132. num. 65. & cons. 173. à num. 1.* Farinac. *de falsitat. quæst. 152. num. 10. & 32.* y constituyendole por sospechoso de falso, pro falso haberi debet, Pareja *tit. 1. resolut. 3. §. 2. nu. 26.* mayormente tratandose ciuilmente de la dicha falsedad.

29 ¶ Y bastan dos presunciones, adhuc, vt fides tollatur instrumento, Mãdel. Albens. *cons. 224.* Osasco *decis. 117. num. 12. in fin.* Farinac. *quæst. 152. num. 28.* Pareja *tit. 1. resolut. 3. §. 2. num. 27.*

30 ¶ Y en el caso presente se hallan muchas presunciones (que son las que se refieren allegatione principali num.   ) las quales con euidencia manifiestan la falsedad de la dicha transacion.

31 ¶ Tûm, porque la fuerça y validacion del instrumento ha de resultad del protocolo y registro, Pareja *tit. 1. resolut. 3. §. 1. num. 3.*

32 ¶ Y ajustado el protocolo se halla, que en el lugar que se supuso dicha escritura se quitaron otras, las quales corresponden a el abecedario del dicho protocolo, y las citas de la dicha transacion se hallan en el abecedario en lo vltimo de la plana con letra diferente correspondiente a el num. 14. siendo assi que el numero antecedente es de 490. cuya presuncion pondera por muy vehemente Farinac. *dict. quæst. 153. num. 178.*

33 ¶ Tûm, porque de aqui resulta otra cõjectura, que es, auerse retardado en protocolar el escritura, Farinac. *dict. quæst. 153. num. 181.*

34 ¶ Tum etiam, resulta otra, que es, auer preposterado el orden de protocolar la dicha escritura, pues auiendo de ponerla en el num. 14. que le corres-

correspondia, la ponen despues del num. 9. Farinac. *dict. quæst. 193. num. 89,*

35 ¶ Y asi viene a auer muchas y muy euidentes conjecturas de la dicha falsedad, con que viene a quedar el punto sin controuersia, vt docet Cephalo *cons. 287. num. 40*, ibi: *Si igitur falsitas potest probari duabus præsumptionibus, pluribus concurrentibus res videtur sine dubio.* Tiberio Decian. *cons. 99. num. 11. volum. 2. in medio*, ibi: *Quinimo duæ tantum coniecturæ sufficiunt ad tollēdam fidem scripturæ quando agitur ciuiliter, multo ergo magis, quando plusquam duæ coniecturæ concurrunt, vt in casu nostro, nam tunc indubitate tolletur fides, quādo agitur ciuiliter per viam opositionis ad scripturam.*

36 ¶ Y asi pudiera concluyr con Morosio *respons. 17. num. 36. vers. 18. in medio*, ibi: *Ex argumentis probationibus, & coniecturis supra relatis, & alijs quæ exactis resultant, & in voce dicentur, constat euidenter, non solum de facto suspectam donationem, verùmetiam falsissimam, & ita esse pronuntiandum.*

QVOAD SECVNDVM medium.

37 ¶ Lo primero, porque aunque sin causa no se presume la simulacion, *l. si mulierem, in princip. ff. de action. rer. amot. cap. fin. de renuntiat. in 6. cum pluribus* Farinac. *quæst. 162. num. 36.* Noguerol *allegat. 20. num. 163.*

38 ¶ Aqui huuo causa tan justa como fue el querer librar los bienes de la condenacion que a don Iuan de Quero se le impuso por el delito de las muertes de Iuan Cabero, y don Pedro de Luzena, que auia perpetrado, por lo qual es cierto se procediò contra el.

39 ¶ Tùm, porque ay conjecturas que la manifiestan.

40 ¶ Primò, ex perfusione patrimonij, por

auer

auer donado a don Manuel, no solo la parte que les auia tocado, sino tambien perdonadole cantidades de dinero que les estaua deuiendo a don Luys y a don Alonso, Rota *decis. 283. num. 11. tom. 5.* Caualcan. *decis. 2. num. 21. part. 2.* Mantica *de coniecturis, lib. 8. tit. 20. num. 28.* Noguerol *allegat. 10. num. 24. & 25.*

41 ¶ Secundò, porque don Manuel recibiò las dichas treynta fanegas de tierra por la dicha transacion, no haziendo reparo de que eran suyas, por las escrituras que de ellas antecedentemente el año de 603. 604. 607. le auian hecho, antes permitiò que se la grauassen, Mantica *de cõiecturis, lib. 8. tit. 20. num. 28.* Hondedeo *cons. 33. num. 15. lib. 2.* Menoch. *præsumpt. 122. lib. 3. num. 85. & cons. 109. num. 21.* Noguerol *dict. allegat. 10. num. 28.*

42 ¶ Tertiò, porque se hizo por los que fueron participes del logro y vtilidad grande que se les siguiò, Farinac. *dict. quæst. 153. num. 204.* porque de otra forma no pudieran suceder como sucedieron en los dichos bienes cada vno solo sucessiuamente en perjuyzio de los demas parientes en igual grado que deuian suceder.

43 ¶ Tum etiam, porque en duda (quando no interuinieran tantas circunstancias y conjecturas que manifiestan la dicha simulacion) tratandose de la restitucion de los bienes, y no de la pena, se ha de declarar que la dicha transacion fue simulada, Surd. *cons. 184. num. 8. lib. 2.* Molfesio *tom. 2. de contract. cap. 7. num. 92.* Seraphin. *decis. 946.* Castillo *decis. 243. num. 42. tom. 3.* Noguerol *dict. allegat. 10. num. 71.*

44 ¶ A lo qual no obsta lo que por el Abogado contrario *à num. 61. cum seqq.* se pondera, porque el ser otorgada ante escriuano, ser fiel, y legal, ò no auerla autorizado, el auer plantado de oliuas las tierras, el auer vsado de la escritura, y el ser personas nobles las que la otorgaron, todo queda cedido a la verdad, *l. fin ff. quod metus causa, l. nuptura 58. in fin. ff. de iur. dot. l. cum de indebito, §. 1. ff. de probat. l. vnica,*

ca,§.accedi,vbi gl. verbo,*præsumatur,C.de rei vxor act*. Pareja *de instr.tit.1.resol.3.§.2.num.31.*

45 ¶ Y a la vista de ojos, que es la mayor prouança,*l.si irruptione,§.fin.ff.finum regũd*. Bald. *in l.contra negantẽ,in fin.C.ad leg.Aquil*,Mascard. *de probat.quæst.8.num.4.tom.1*.Menoch.*de arbitr. cas.526.num.5.6.& 12*.Decian.*cons.99.num.20. vol.2*.D.Perez de Lara *de Capellan.lib.1.cap.10.nu. 36*.D. Valençuel.Velazquez *cons.100.num.2.& 3. vol.1*.por la qual se manifiesta ser simulado y fingido todo.

46 ¶ Y no passo por lo que el Abogado contrario dize *num.36.vsque.79*. de que por auer vsado de la escritura don Alonso,y don Luys, y pedido en virtud della la possessión de los bienes,y tomadola judicialmente,ha passado el instrumento in perpetuam fidem.

47 ¶ Lo vno,porque los que vsaron fueron los mismos que la otorgaron,los complizes en la simulacion,y assi no podian dezir contra ella,ex *l. cum profitearis,C.de reuoc.donat*.y lo que notan los Doctores en el.

48 ¶ Lo segundo,porque de la misma forma que siendo cierta la escritura no podian auer prejudicado por ella a los demas interesados, vt apparebit infra punto 3.tampoco le pudierõ dar mas credito a la escritura por sus actos de lo que en si tenia para perjudicar a los demas q̃ en ella no intervinierõ, Bald.*in Rubric.C.de fide instrum.num.46*.Pareja *tit.1.resol.3.§.2.num.24*.ibi: *Quod ad verũ est,vt licet alias error in instrumento per notarium possit non nunquam corrigi,vt fidem faciat,aliquando autem per contrahentes, tandem per iudicem falsitas tamen eius nullo pacto,nec per supra dictas personas suppleri potest,vt illi fides possit adhiberi.*

49 ¶ Porque el hecho de el vno no puede prejudicar a los demas,*l.de liber.causa,l.2.& 3.ff. eodẽ,l.trãsact.matris,C.de trãsact*. Y assi in perpetuã fidem passò para con los que quisieron passar por ella,y la obseruaron,y guardaron; pero no para con

doña Ana de Quero, que la impugna como interessada, y que es en su perjuyzio, y el hecho de su padre no puede prejudicarle, *l. 3. de interdict. & relegat. l. 1. de liber. caus. quia factum tuum filium tuis noscere non debet.*

50 ¶ Ni tampoco me ajusto a lo que en el num. 84. dize el contrario, de que don Alonso tenia otros bienes de que poder pagar la condenacion, porque no es cierto, ni tal consta por los autos, si no antes lo contrario.

51 ¶ Y las doctrinas que el Abogado contrario trae num. 87. vsque ad 89. para prouar que en duda se ha de declarar no auer auido falsedad, porque para ello ha de auer prouanças concluyentes y claras.

52 ¶ Es en el caso de tratarse criminalmẽte por la dicha falsedad, pero no quando ciuilmente se impugna, como en el caso presente, para que no se dè fee a el instrumento, vt videre est apud Pareja *tit. 1. resolut. 3. § .2. num. 26.* y con esta distincion proceden llanamente los Doctores.

53 ¶ De lo qual resulta auer sido agrauio el no auer declarado por nula la escritura de transacion, y el contracto della, y determinado en su conformidad.

NO POR EL TESTAMENTO de don Manuel, ni las escrituras de donacion del año de 3. y de 4. y 7. que a don Manuel hizieron.

54 ¶ El Abogado contrario num. 96. pondera la declaracion que don Manuel hizo en su testamento, en que dixo, que el tenia por bienes vinculados las sesenta fanegas de tierra plantadas de oliuar con vn cortijo en ellas en el donadio por el testamento de don Pedro de Quero, y por el de fray Esteuan, y Catalina Rodriguez, por cuya assercion dize se han de tener por vinculados.

55 ¶ Y reparo en el allanamiento que en

el num. 97. haze de confessar que es fideicomisso, y la prueua que en el num. 97. trae es en orden a lo mismo quando intenta lo contrario.

56 ¶ Pero respondo, que la assercion de el dicho don Manuel, refiriendose a la disposicion de Catalina Rodriguez, no pudo constituyr a los dichos bienes de diferente calidad de la que tenian por la dicha disposicion, Marco Antonio *de amatis, decis. 49 num. 11.* Surd. *decis. 336. num. 18. & decis. 337. n. 16. & 10.* Fontanel. *claus. fin. glos. vnica, num. 26. cum seqq.*

57 ¶ Y la disposicion de la dicha Catalina fue de fideicomisso familiar, por lo qual nihil intrest que dixesse eran vinculados.

58 ¶ Tum, porque las palabras enunciatiuas pronunciandose por quien no tuuo potestad para disponer de la cosa enunciada en la forma que lo hizo, nihil probauit Dom. Castillo *lib. 4. cap. 46. num. 28.* Casanate *cons. 16. num. 21.* Gutierr. *lib. 3. practicarum, quæst. 17. num. 68.* Surd. *cons. 546. nu. 3. 4. & 5. lib. 4.* Alexand. Trentacinq. *lib. 1. variar. tit. de verbor. significat. resolut. 2. num. 92.*

59 ¶ Y a los terceros no dañan, ni aprouechan, textus *in l. optima, C. de contrahend. & comit. stipulat.* Cesar Bartio *decis. Bobon. 2. num. 21. & 22.* Mantica *de coniecturis, lib. 2. tit. 6. num. 2.* Dom. Castillo *dict. cap. 46. num. 39.*

60 ¶ Y solo prueuan en aquello que pudo prejudicar, Anton. Fabr. *in suo Cod. lib. 9. ad titul. C. de probation. differ. 23.* Alexand. Trentacinq. *dict. resolut. 2. num. 75. per tot.* cum pluribus Dom. Castill. *dict. cap. 46. num. 41. & 42.*

61 ¶ Y que no pudo prejudicar apparebit punto tercero.

62 ¶ Ni tampoco obstan las dichas palabras aun considerando las escrituras de donacion referidas, porque por estas solo se le adquirió derecho por los dias de su vida, pero despues los auia de dexar a los parientes en igual grado, a quien tocaua, ò no a vno en perjuyzio de los demas, como fuera vin-

culan-

culandolos,quod quidem se prouará latamente pun to tercero.

NO POR LAS CONFESSIONES *de don Alonso y don Luys de Quero.*

63 ¶ Pondera el Abogado contrario a num.106.vsque ad 112. la confession que don Alonso hizo pidiendo la possession de estos bienes por vinculados, auiendo muerto don Iuan de Quero su sobrino. Y pondera assimismo la deposicion con juramento que don Luys su sobrino hizo.

64 ¶ A lo qual respondo, que las dichas cōfessiones no pueden prejudicar a la dicha doña Ana de Quero, y todos los interessados en el dicho fideicomisso familiar, porque se opone a la verdad que queda verificada por la donacion misma de Catalina, por donde consta no son de vinculo, si no de fideicomisso, *l. confessionibus, l. sus cuius nomine. § fin. ff. de interrogat. action.* Roman. *cons. 520. num. 10.* ibi: *Primò, quia confessio repugnat veritati, neque ipsi confitenti praiudicat*, Gratian. *cap. 501. num. 28. lib. 3.*

65 ¶ Y las dichas confessiones en tanto podian prejudicar a doña Ana y demas interessados en quanto fueran de hecho que dependia de la potestad y voluntad que las hizo, pero no quando, como en el caso presente, no tuuieron potestad los dichos don Alonso y don Luys para mudar la naturaleza del fideicomisso, vinculando los bienes del, vt ex *l. non nudum. l. non epistolis, C. de probat.* Roman. *cons. 260. num. 2. & cons. 390. num. 3.* ibi: *Secundò, quia asseueratio seu confessio eius, quod quis non potest, si vult inducere non probat contra confitentem.* Surd. *cons. 5. num. 42.* ibi: *Secundò respondetur, quod confessio tunc nocet quando continet factum, quod à potestate pendet confitentes alias non*, Grammat. *decis. 81. num. 6.*

66 ¶ Y con mayor razon procede quando, como en el caso presente, los interessados, y doña Ana

Ana, independiente del llamamiento de su padre, y de los demas antecessores, entran a la sucessiõ de los bienes sobre q̃ se litiga, *l.peto,§.fratre.ff.de legat.20.*ibi: *Neque tamen ideò sequentium causa propter superiores in posterum ledi debet,l.fin.C.de pact.l.quoties,C.de donat.*

67 ¶ Tùnc, porque esto procede mas indubitablemente siendo como fueron los dichos don Alonso, y don Luys los que coludieron, y otorgaron la escritura de transacion, con que vienen a tener cõtra si la sospecha de que las dichas confessiones hizieron continuando la dicha simulacion, Dom. Castillo *lib.4.cap.46.num.35.*

68 ¶ Et ex ius remanet satisfaciem a todo lo que el Abogado contrario pondera en su segundo punto.

PVNTO TERCERO.

En que se prueua, que los que intervinieron en la escritura de transacion, no pudieron disponer de los dichos bienes de fideicomisso a fauor de vno solo de la familia, sino que precisamente lo deuian dexar a todos los parientes que en igualdad grado se hallauan para poder suceder.

69 ¶ Este punto lo diuidirê en dos partes. En la primera propondrê los fundamentos de derecho que assisten a don Luys. En la segunda se satisfarà a todo lo que se pondera por el Abogado contrario en su tercero punto.

PRIMERA PARTE.

70 ¶ Primô, porque el poder qualquiera posseedor de los dichos bienes disponer dellos a fauor de vno de los parientes de la familia, excluyendo

do a todos los demas en igual grado, es derecho de eleccion, gratificando aquel a quien se nombra, sed sic est, que este derecho nomini competit, nisi a iure concedatur, *l. fœminæ, §. fin. C. de secūd. nupt. Auth. lucrum, eodē titul. l. si quis ingraui, §. cum omnis. ff. ad silanianum.* Y los que interuinieron en la dicha transacion, vinculando los dichos bienes, no tuuierō el dicho derecho; porque el que se concediô por la donante a Iuan de Quero Turrillo fue personal, ex *l. cum stipulatus fuerim 76. ff. de verb. obligat.* Y lo que latamēte se funda allegat. principali num. Luego no pudieron disponer de los dichos bienes vinculandolos a fauor de vno, y en perjuyzio de los demas de igual grado?

71 ¶ Secundò, porque validum est argumentum de vltimis voluntatibus ad contractus; & èc contra, *l. servum filij, §. eum quibus Cryrographū, ff. de legat. 1. pactum inter hæredes, ff. de pact.* Sed sic est, que ninguno de los que intervinieron en la dicha escritura de transacion pudo, haziendo su testamento, disponer de la parte que le tocô a fauor de vno de sus parientes, excluyendo a los demas en igual grado; *cap. 1. de succes. feud.* ibi: *Nulla ordinatione defuncti in feudo valente, vel mamente*, porque no sucede ex prouisione illius testantis, sed ex concessione primi parentis, seu domini concedentis; vt notat glos. *in cap. 1. §. cum vero,* Contradus *quibus feudum dar. poter. & in cap. 1. ad agnat. vel filius*: argum. legis, *vt iuris iurandi, §. si liberi,* & ibi notat Bart. *ff. de oper. libert.* Bald. *in cap. 1. in princip. & in §. hoc quoque. de succes. in feud. & in cap. 1. de gradibus succes. in feud.* ex quo notat Andræas de Isernia *dict. cap. 1. de succes. feud.* ibi: *Quod agnati succedunt in feudo antiquo ex legis prouidentia.*

72 ¶ Luego ni tampoco pudieron disponer dellos por contracto entre viuos vinculandolos para que sucediesse vno en perjuyzio de los demas, porque los que sucedieren, no por disposicion dellos han de suceder, sino por la primera de la donante?

73 ¶ Tertiô, porque todos los parientes que

que estan en igual grado, sunt in eadem spe succedē-di en los bienes del dicho fideicomisso, iuxta *dict. l. peto, §. fratre*, ibi: *Omnes fideicommissum petant que in familia fuerint.* Luego qualquiera disposicion hecha a fauor de vno dellos, en perjuyzio de los demàs, no consintiendolo ellos, nullius momenti erit, ès texto formal el *cap. 1. de alienat. feud. patern.* ibi: *Ad quos feudum quandoque reuersurum sit, quia cū de præiudicio singulorum tractatur, singulorum consensus necessarius est, l. fin. ff. de authorit. præstand. l. per fundum, ff. de servit. vrban.*

74 ¶ Quartò, porque qualquiera posseedor de los bienes de el dicho fideicomisso solo puede hazer mejor la condicion dellos, nō vero deteriorem, si no es ya con voluntad de aquellos a quien pertenece la sucesion, *ex cap. 1. in fin. de investitur. de re alienat. fact. cap. 1. §. sed & res per quos fiat investitut. & cap. 1. §. praterea quibus modis feud. amittat,* Sed sic est, que por la disposicion del dicho vinculo vienen a estar de peor condicion los bienes del fideicomisso para los que vienen a quedar excluydos, luego la dicha disposicion nullius momenti est.

75 ¶ Quintò, porque los que intervinieron en la dicha transacion no pudieron transferir mas derecho en las personas a fauor de quien la hizieron que el que ellos en si tenian, ex *l. si post mortem, §. fin. ff. de bonor. posses. contra tabul. cap. quod autem 5. de iur. patronat.* ibi: *Quia pro non dato habetur, quod ab illo datur, qui non potest debere donare.* Sed sic est, que el derecho de los que intervinieron en la dicha transacion fue personal, como en bienes de fideicomisso, iuxta notata in *l. vxor patris, C. de legat. & in l. quorum rerum, §. 1. & in l. si domus, §. fin. ff. de legat. 1.* Bald. *in cap. 1. §. donare qualiter olim feud. alienar. poter.*

76 ¶ Luego los que sucedieron en virtud de la dicha disposicion por muerte de los que en ella intervinieron no pudieron suceder con la calidad de vno, porque no la pudieron poner, ni tuuieron derecho para ello.

Sexto

77 ¶ Sextò, porque vbi eadem ratio est idem ius statui debet, *l. illud, ff. ad leg. Aquil. l. sancimus, C. de testamentis, l. percipimus, C. de appellat.* Sed sic est, que la razõ de auerse prohibido la enagenacion de los dichos bienes est ne priuentur successione consanguinei, qui in pari gradu sunt vt apertè conuincitur, ex *dict. l. peto, §. fratre, & dict. cap. 1. de alienat. feud. pat.* Y en este caso la enagenacion en vn estraño sin deda alguna es nula; luego lo mismo ha de proceder quando la disposicion se haze a fauor de vn pariente romoto en perjuyzio de otros mas cercanos en igual grado? consequentiam probo, porque en el vn caso milita lo mismo que en el otro, porque en este vltimo se trata del perjuyzio del derecho de los parientes mas cercanos; luego lo mismo ha de proceder?

78 ¶ Septimò, porque en terminos que no se pueda hazer la disposicion a fauor de vn pariente de la familia, en perjuyzio de los demas, es el cap. 1. vers. *In prouidendo qualiter olim feud. alien. poter. & cap. Titius filios si de feudo defunctor. controuers. fuer. inter domin. & agnat. ex ratione leg. hæredes mei 57. §. peto à te, ff. ad Trebel.* ibi: *Propter gradus fideicommissi præscriptos*, & *in l. cum ita 33. §. in fideicommisso, ff. de legat. 2.* ibi: *Qui ex his primo gradu procreati sunt*, & *in l. fin.* vbi DD. *C. de verbor. significat. & probatur in cap. 1.* ibi: *Nulla defuncti ordinatione valente, de succes. feudi*, Bald. *in cap. 1. columna. fin. de alienatione feudi pat.* Alexand. *cons. 30. volum. 1. & cons. 98. volum. 4.* Felin. *in cap. quæ in Ecclesiarum, num. 88.* vers. *Adhùc, de constitutionibus.* & Socino *cons. 19. col. 3. volum. 1.* Curtius senior *cons. 48. & cons. 25. & cons. 75.*

79 ¶ Tonduto omnino videndus *resolut. ciuil. cap. 50. num. 1. cum sequentibus*, Silvano *cons. 15. pir totum, & benefacit. textus in cap. 1. §. his deficientibus de gradib. succes. in feud.*

80 ¶ Octauo, porque siendo como era cierto que las tierras comprehendidas en la escritura de

de transacion eran proprias de don Manuel, assi por auerle tocado la mitad de ellas, que eran treynta, como porque de las demas restantes cumplimiento a sesenta se le auian hecho donacion por las escrituras presentadas del año de tres, quatro, y siete; luego no pudieron obligarle ni grauarle a que las restituyesse vinculadas: argum. *l. 1. §. si minor, ff. de reb. eorum*, ibi: *Vbi dominium quæsitum est minori, capit non posse obligari*, Dom. Lara *de vita homin. cap. 22. a num. 1. & num. 11.* D. Larrea *allegat. Fiscal. 4. num. 22.* Hermosilla *in l. 4. tit. 5. part. 5 glos. 2. num. 22.*

81 ¶ Nono, porque la distincion verdadera es, ô el fideicomisso es prohibitorio, scilicèt, quando se prohibe la enagenacion extra familiam, y en este caso se puede disponer a fauor de vno delos mas cercanos, excluyendo a los demas, ô llamando a los mas remotos en perjuyzio de los mas cercanos.

82 ¶ Aut fideicommissum restitutorium est, scilicèt, quando se mandan restituyr los bienes a ciertas personas, y ciertos grados, y en este caso vnanimiter todos conveniunt han de ser admitidos todos los que se hallaren en igual grado, sin que se pueda preferir a vno en perjuyzio de los demas, ni a el mas remoto, de cuyo sentir fueron Peregrin. *cons. 53. num. 12. lib. 1. & in tractat. de fideicommis. art. 14. num. 7.* vers. *At secus est, & in cons. 38. num. 1. volum. 3. & cons. 113. num. 1. volum. 4.* Mantica *de coniecturis, lib. 8. tit. 12. num. 42.* Castrens. *cons. 383. num. 1. volum. 1.* Cardinal. Tusch. *lit. L. conclus. 78.* Ioan. Anton. Bell. *cons. 1. num. 32. & 37. & 59.* Fusar. *de substit. quæst. 380. num. 1.*

83 ¶ Tonduto *resolut. ciuil. dict. cap. 50. num. 5.* ibi: *Qui omnes distingunt inter fideicommissum prohibitorium, quo videlicèt bonorum alienatio extra familiam prohibetur, & restitutorium, quo demandatur restitutio facienda certis gradibus, aut personis. Primò quidem casu, fatentur posse grauatũ hæredem testari, aut alio modo disponere, in fauorem remotiorum de familia, vel vnius ex proximioribus, cæteris exclusis. At in secundo casu concludunt, om-*

 nes

nes eiusdem gradus æqualiter esse admittendos, nec posse remotiorem, nec parem in gradu cæteris vocatis præferri.

84 ¶ Y en el caso presente nos vehimos a hallar en el caso vltimo del fideicomisso restitutorio, y no prohibitorio, vt apparet manifestê de las palabras de la disposicion de la dicha Catalina, y asi corre llanamente la dicha distincion.

SEGVNDA PARTE.

85 ¶ El Abogado contrario quiere satisfazer a la dificultad referida en el num. 118. con dezir, que la disposicion de la dicha Catalina no quedô en terminos de fideicomisso familiar, si no de vinculo y mayorazgo perpetuo, y que asi viene a cessar todo lo dicho. A lo qual respondo lo que tengo ponderado en el primero punto.

86 ¶ En el num. 119. dize el contrario, que es error manifiesto el que en los bienes de fideicomisso ayan de suceder todos los de la familia juntos a vn mismo tiempo los que estuuieren en igual grado, y el fundamēto q̄ para esto trae en el num. 120. y 121. es dezir, que la voluntad està contraria, siendo asi que la dicha volunted es manifiesta para que ayan de suceder los de la familia en igual grado juntos, como queda ponderado supra num. repitiēdo muchas vezes el llamamiento de muchos: para cuyo intento es excelente lugar el del señor Molina *lib. 1. cap. 5. num. 19.* ibi: *Quod si testator relinquat bona sua duobus antiquioribus ex sua familia, nomina propria non exprimendo, quod ex hoc censetur instituere fideicommissum perpetuum inter omnes, qui ex familia propria processerint, ita vt semper duo antiquiores ex illa in eisdem bonis succedant.*

87 ¶ Numer. 122. cum seqq. pondera el contrario por tercer fundamento, que por el trato sucesiuo que los llamamientos que la dicha disposicion de Catalina tiene se ha de gouernar la sucesion ordine succesiuo con prelacion del mayor, y sin diuidirse

uidirse los dichos bienes , para lo qual cita hasta el num. 127. muchas doctrinas.

88 ¶ Las quales no son aplicables a el caso de este pleyto, porque hablan solo quando el fidei comisso se dexò a la familia, ò con otro nombre colectiuo, scilicèt, agnationi, siue cognationi, porque en este caso se presume que la voluntad del testador fue de que sucediessen sucessiuamente los vnos despues de los otros, porque de otra forma no se podia conservar la sucessìon en la dicha familia, Michael Cras. *receptar. sententiar. §. fideicommissum, quæst. 5. num. 6.* Surdo *decis. 84. num. 1. & decis. 85. eod. num.* Rota per Farinac. *decis. 105. nu. 7. part. 1. in nouissim.* Caualcan. *decis. 5. num. 74. part. 3.*

89 ¶ Cæterùm, quando como en el caso presente se dexò personas ciertas declarando su voluntad, dando el modo y forma de suceder, que fue de que sucediessen muchos a vn mismo tiempo, repitiendolo, no vna, si no muchas vezes, vt remanet supra ponderado, viene a cessar la volūtad presumpta, y queda la voluntad clara, que es la que se ha de observar y guardar, y la que se observò y guardò por Iuan de Quero Turrillo primer donatario, entendiendo assi la disposicion dicha.

90 ¶ A lo qual se ajusta la doctrina del señor Molina *lib. 1. cap. 5. num. 31.* ibi: *Id tamen animaduertendum est, quod quamvis fideicommissum ea lege relictum sit, vt bona in familia perpetuò conseruentur, succedendumque sit, in eo per fideicommissum gradatimque, ac successiuè, non ex hoc debet in eo fideicommisso, iure primogenituræ succedi: ita vt vnusquisque primogenitus in bonis huiusmodi fideicommisso subiectis succedere debeat. Cæterisque in eodem gradu existentibus præferri: sed omnes proximiores in eodem gradu existentes, pariter ad fideicommissi cessionem admittendi erunt.*

91 ¶ Interpreta el Abogado contrario a num. 128. vsque ad 132. la *l. peto, §. fratre*, para dezir, que en la disposicion de aquel texto quando admitiò a todos para que *simul domum peterent*, fue

quando

quando se enagenasse extra familiam; ibi: *Vel extero hærede instituto*. Y que assi disponiendo de ella dentro de la familia pudo hazerse, aunque en vno, y el mas remoto.

91 ¶ A que respondo con la distincion que queda ponderada supra numero de el fideicomisso prohibitorio y restitutorio, y en el caso presente, estamos solo en terminos del fideicomisso restitutorio, en cuyo caso no se puede dexar a vno en perjuyzio delos demas de igual grado, ni al mas remoto, en perjuyzio de los mas cercanos.

92 ¶ Por quinto fundamento pondera el contrario num. 133. vsque 137. que el auer vinculado los bienes de fideicomisso, los que inter vinieron en la escritura de traslacion no fue contrauenir a la voluntad dela donante, si no que antes fue executarla, y que pudieron ponerle la calidad de que sucediesse vno solo, siendo de la familia, para lo qual cita la *l. filius familias 117. §. cum pater, ff. de legat. 1.* y otras muchas doctrinas.

93 ¶ A que respondo con facilidad, que la dicha ley, y demas doctrinas hablan y proceden en el fideicomisso prohibitorio, quando scilicêt se dexa a la familia con prohibicion de enagenarla fuera de ella (como se manifiesta de ellas mismas, que por no alargarme no las repito en lo concerniente) y en el dicho caso proceden la dicha ley y demas doctrinas llanamente.

94 ¶ Cæterûm en el caso de fideicomisso restiturio no hablan, ni tampoco pueden proceder, ex dictis supra num.

95 ¶ Y la diferencia es grande, porque en el fideicomisso prohibitorio dexandolo a vno de la familia se cumple con la voluntad del que la dexô, porque por el mismo caso que prohibiô la enagenacion extra familiam, fue visto concederla para con los de ella misma: argum. *l. maritus, C. de Procurat. l. cum Prætor, ff. de iudic.*

96 ¶ Mas en el caso de fideicomisso restitutorio, dexãdolo a vno en perjuyzio de los demas, se

se contraria a la voluntad de la donante que quiso sucediessen los hijos de Iuan de Quero primer donatario, y sus descendientes, sucediendo a vn mismo tiempo todos los que se hallassen en igual grado.

97 ¶ Y en esta conformidad se entiende la *l. quoties ab omnibus, C. de fideicommiss.* y la *l. pater, §. quindecim, ff. de legat. 3.* textos que se pudieran pōderar por los contrarios.

98 ¶ Y respondiendo a ellos Silva *dict. consi. 15. num. 33.* vers. *Ad deducta*, hæc verba protulit *ad l. quoties, C. de fideicommiss. & l. pater, §. quindecim, ff. de legat. 3. Respondetur, quod ideo valet alienatio facta in vnum de familia, quoniam ipsi alienationi nihil obstat, maximè voluntas testatoris, qui prohibendo alienationem fieri extra familiam, videtur permittere, quod fieri possit in familia; fit autem in familia quamvis vni tantum ex familia fiat; in materia autem feudali contrariatur voluntas primi parentis, qui sibi & agnatis suis ordine successiuo voluit feudum adquirire, & apud eos permanere, & cum ex tali prouisione sit eis ius quæsitum, vt cap. 1. §. cum verò Conradus quib. feud. dar. poss. & cap. 1. de gradibus succes. in feud. non debet eum tolli absque eorum facto.*

99 ¶ Y la disposicion en contrario hecha a fauor de vno de la familia para que sucediesse el solo en perjuyzio de los demas, tan solamente pudo tener validacion por la vida del que la otorgô; pero auiendo muerto entran todos los parientes en igual grado: textus expressus *cap. nuper, de donationat. inter vir. & vxor.* Silvano *dict. consi. 15. num. 33.* vers. *Ad tertium, in fin. ibi: Vel aliter respondere potest fatendo contrarium, & quod ille textus velit dictam alienationem posse fieri in vnum ex proximioribus agnatis, & ipsa alienatio quandiu alienans viuet, & sic per id tempus, quo ipse, qui excluditur non haberet dictum feudum, ipso autem alienante mortuo omnes existentes in proximiori gradu æqualiter admittuntur, nam per mortem ipsius alienantis resolutum est, ius aceptoris.*

100 ¶ De lo qual resulta satisfacion a todos los actos hechos por don Alonso de Quero y don Luys de Quero, que se ponderan por el Abogado contrario à num. 138. vsque 144. porque estos no han podido prejudicar à doña Ana de Quero que litiga en su derecho.

101 ¶ A num. 145. vsque ad 147. pondera el Abogado contrario por sexto fundamento, que auiendo entrado las tierras en poder de don Manuel calmas, y plantadolas el susodicho de oliuar, dandoles valor, y haziendolas preciosas, pudo ponerle grauamen de vinculo de la misma forma que podian tener derecho de retencion sus herederos por los aumentos en ellas hechos.

102 ¶ A que respondo. Lo primero, que para poder poner el dicho grauamen dexandolo a vno en perjuyzio de los demas interessados, les auia de dexar tanta parte como la que les quitaua por el grauamen mismo, *l. vnum ex familia, §. sed si fundum, ff. de legat. 2.* ibi: *Dixit ita demum peti posse, si præterea tantum ei relictum sit, quod fundi pretium efficiat.* Peralta *in dict. §. sed si fundum, num. 9.* & ita decisum est apud Gammã *decis. 70. num. 2.* Caldas *de emphit. lib. 3. cap. 17. num. 6.* Tonduto *resolut. ciuil. cap. 50. num. 37.*

103 ¶ Y el aumento de las dichas tierras, caso que sea alguno, es de muy poca consideracion, ni està prouado qual sea: porque quando sea cierto estar plantadas de oliuar bien pudieron ser de mayor vtilidad siendo tierras calmas. Y quando sin perjuyzio de la verdad confessassemos el dicho aumento, del no participan los grauados, que son los pariẽtes excluydos por el dicho vinculo, y si la razon de poder grauar a el posseedor del mayorazgo es por dexarle bienes equiualentes a el dicho grauamen, en el caso presente no se ajusta la dicha disposicion, porque dexando los dichos bienes a vno, este no es grauado, si no antes mejorado, porque sucede solo en perjuyzio de los demas, y quien lo son, son los demas que quedan excluydos, respeto de loqual

no

no se pueden ajustar las doctrinas que por el Abogado contrario se refieren num. 147.

104 ¶ Lo segundo, porque quando se pudiesse poner el dicho grauamen no auia de ser contrario a la disposicion de la cosa principal a que se agrega, porque siendolo no puede alterar la naturaleza principal, y antes se aurà de diuidir la cosa agregada, ex Dom. Molina *lib. 1. cap. 8. num. 35.*

105 ¶ Lo tercero, porque teniendo como tuuo obligacion precisa don Manuel de dexar las dichas tierras a sus parientes mas cercanos, no pudo ponerles grauamen alguno aun eligiendo a vno solo para que sucediesse en ellas, ex *l. vtrum 8. §. cum quidam, ff. de rebus dubijs*, Tonduto *dict. cap. 50. num. 41. cum seqq.* Y quando todo cessasse, siendo falsa la escritura, corre sin duda alguna lo dicho.

106 ¶ Nec oberit si se dixera por la otra parte, que aunque en la disposicion de Catalina Rodriguez quedasse fundado fideicomisso para los descendientes de su familia, empero que los descendientes della sucedieron vulgariter, de tal forma que auiendo sucedido los primeros espirò el dicho fideicomisso, quedando los bienes libres para poder disponer dellos vinculandolos, como lo hizieron.

107 ¶ Porque respondo, que los descendientes de la familia solo suceden en el caso presente per fideicommissum non vulgariter, de tal forma, que aunque se acabaron los primeros que sucedieron, sin embargo permanece el fideicomisso, lo qual se manifiesta por el trato sucesiuo de la dicha disposicion, estendiendolo a muchos llamamientos, cõprehendiendo a muchos en ellos, *ex l. cum ita, §. in fideicommiss. ff. de legat. 2.* ibi: *Nisi specialiter defunctus ad vlteriores voluntatem suã extenderit.* Dom. Molin. *lib. 1. cap. 5. num. 27.* versi. *His tamen non obstantibus.*

108 ¶ Por septimo fundamento pondera el Abogado contrario num. 148. que auiendo venido a parar todas las sesenta fanegas de tierra sobre que se litiga a don Manuel de Quero, assi por la porcion

cion que se le adjudicò en la particion de su padre, como por las escrituras de donacion del año de 3. 4. y 7. que de las demas partes le hizieron, de la manera dize que el dicho don Manuel pudo disponer de los dichos bienes, dexandolos a sus hermanos, diuidiendolos entre si, ò a vno solo, que dela mesma forma pudo tambien llamar a don Alonso de Quero por sus dias, y despues dellos a don Luys de Quero su sobrino, iure maioriæ, con tanto que no saliessen fuera de la familia, para lo qual cita muchos Autores hasta el num. 165.

109 ¶ A que respondo. Lo primero, que el dicho don Manuel no pudo disponer de los dichos bienes a fauor de vno, en perjuyzio de los demas, vt remanet probatum supra. Y que de la misma forma tampoco pudo grauar los dichos bienes iure maiorię, para que sucediesse vno solo, aunque fuesse de la familia.

110 ¶ Lo segundo, que las doctrinas que cita, hablan en el primero, a quien se concediô la facultad de elegir, y nombrar, pero no en los sucessores siguientes, como se manifiestan de las mesmas doctrinas que se refieren por la otra parte, y dō Manuel de Quero no tuuo derecho, ni facultad para poder elegir, y nombrar, porque solo la tuuo el primer donatario, que fue Iuan de Quero Turrillo, la qual se extinguiò y acabô con la eleccion y nombramiento que el susodicho hizo de los diez hijos que tuuo, por auer sido personal, y asi no se puede entender repetida en todos los demas sucessores, ex dictis supra in allegatione principali, num. 20.

111 ¶ Y esto se ajusta mas a la voluntad de la dicha donante, la qual desde su principio hizo la eleccion de todos aquellos que auian de suceder en los dichos bienes, dando el modo, y forma a la sucesion dellos, en cuyo caso no se necessitaua de eleccion particular de los demas posseedores, antes se ajusta la distincion que el señor Molina haze *lib. 2. cap. 4. num. 62.* para que la eleccion no se aya podido transmitir del primer donatario a los demas sucesso-

cessores, porq̃ iure proprio, no le perteneciò, ni tampoco ay causa de quien pueda ser dependiente para auerse de entender que passô a ellos.

EN CASO DE DVDA.

112 ¶ Para prouar el Abogado contrario que en duda se ha de tener por de vinculo y mayorazgo la disposicion de Catalina Rodriguez, se vale de dos medios, *à n. 167. cum sequentib.* para cuya satisfacion se pondera lo siguiente.

113 ¶ Lo primero, que en duda se ha de presumir, que la testadora trauò los bienes lo menos que fue possible, & consequenter, que quiso fundar fideicomisso, para que sucediessen todos los de la familia, y no vinculo y mayorazgo, en quien el q̃ tiene el derecho de la primogenitura excluye a los demas, *ex l. nummis, ff. de leg. 3. l. quidam cum filiũ, ff. de hæredib. instituend. l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. de vulgar.*

114 ¶ Lo segundo, porque no es de consideracion el inconueniente que por la parte contraria se pondera, de que la diuision de los dichos bienes se siguiera que se perdieran, porque la diuisiõ ha de ser entre los de la familia, sin que salgan a persona estraña, con que siempre es preciso se conseruen en ella, ex dictis supra num.

115 ¶ Lo tercero, porque las doctrinas q̃ se ponderan por el Abogado contrario *à n. 183. & 184.* es en caso de voluntad dudosa, y conjeturada, pero esto sera en el caso presente, donde la voluntad està expressa, de q̃ sucedan muchos a vn mismo tiempo, como con efeto sucedieron.

116 ¶ Lo quarto, porque no obsta la obseruancia en el modo de suceder en estos bienes, q̃ aya sido por vno solo, porque el auer sucedido en ellos vno solo, & iure maioris, no ha sido en virtud de la escritura de donacion de Catalina Rodriguez, si no en virtud de la escritura de transacion del año de ocho, que fue donde los vincularon, lo qual se prueua ex seqq.

117 ¶ Primò, porque los que han sucedido en los dichos bienes, teniendolos por vinculados, han sido solo los expressamente llamados en la dicha escritura de transacion, como fueron D. Manuel de Quero, don Alonso de Quero, y don Luys de Quero, y por su muerte don Pedro de Quero, porque siempre se ha de presumir se possee ex titulo preambulo, *l. quædam mulier, & ibi glos. fin. ff. de rei vindic. l. 1. § 1. ff. de except. rei iudic.* Mastrill. *decis. 114. num. 42.* Noguerol. *alleg. 28. n. 47.* Y mas proporcionado a la dicha possession, Menoch. *lib. 6 præsumpt. 67. num. 4. & 5.* Nata *cons. 506. num. 13.* Postio *decis. 331. num. 12.* Noguerol. *dict. allegat. num. 70.*

118 ¶ Lo segundo, porque desde que se executò la voluntad de la donante para que sucediessen los hijos del primer donatario, hasta que pararon los bienes en don Manuel de Quero, que fue quien los vinculò, no fue vno solo el posseedor de los dichos bienes, si no muchos, que eran los parientes à quien tocauan por de fideicomisso.

119 ¶ Lo tercero, porque por la escritura de transacion se manifiesta, que los que en ella interuinieron no tuuieron los bienes por vinculados por la disposicion de la dicha Catalina, supuesto q̄ por ella los entraron vinculando de nueuo.

120 ¶ Ergo manifestè sequitur, que en virtud de la disposicion de Catalina no ha auido obseruancia de suceder como en bienes de vinculo, si no antes contraria, y que la obseruancia de que se pretenden valer las partes contrarias, ha sido en virtud de titulo diferente, como fue la escritura de trāsacion.

121 ¶ De lo qual resulta no ser aplicables à el caso presente las doctrinas que por el Abogado contrario se ponderan para este punto à num. 185. vsque ad 192.

122 ¶ Tùm etiam, & vltimo, porque la obseruancia que la disposicion de la dicha Catalina tiene de auer sucedido muchos a vn mismo tiempo,

po, es a la que verdaderamente se ha de atender, para que se entienda que la dicha disposicion no fue de vinculo, si no de fideicomisso, Fontanel. *decis. 33. num. 16.* ibi: *Secundo respondebatur, quod tunc demum posse petendi obseruantiam esse alicuius momenti; quando probaretur non obstante dispositione (quam primogeniam arbitramur) succesisse plures, & quodquod essent in eodem gradu & linea; tum, cum istud no se compateretur cum primogenio, quod prætenditur, patens est, foret declarandum contra illud.*

123 ¶ Y si se atiende a la dicha obseruancia respectiuamente a el instrumento de transaciō nullius momenti erit; porque de la forma que no pudieron perjudicar a los parientes en igual grado con la dicha escritura, de la misma tampoco lo pudieron hazer con la obseruancia que quisieron introduzir en virtud della, Fontanell. *dict. decis. 33. num. 13. cum seqq.*

VLTIMA PRETENSION EN *quanto a la dehesa del Villar.*

124 ¶ Esta dehesa pretenden es vinculada, por el codicilo que otorgô doña Mariana Quero, que refiere auer sucedido en ella como vinculada, por disposicion de doña Isabel su hermana, de la qual no consta, y assi proceden las doctrinas que se refieren allegatione principali *n. 37. cum seqq.*

125 ¶ Tûm, porque el dicho codicilo se pretende que es falso por los defetos y presunciones que se proponen allegatione principali, nu. 39. a que yo añado dos.

126 ¶ La primera; que el escriuano ante quien se otorgô, no era fiel y legal, lo qual se prueua por las escrituras que vltimamente se han presentado; por auer dado dos traslados de vna escritura, no poniendo en la vna a lo vltimo lo añadido y enmendado que tenia en muchas partes; y cosas essenciales, y que importaua mucho el ponerse. Y

en

en el otro traslado lo sacò todo, con que diò ocasiõ a vn pleyto muy reñido, y conforme a la *l.13. titul. 25. lib. 4.* de la Recopilacion, y Azeuedo en ella *nu. 53.* deuiò sacar todas las dichas enmiendas al fin de la dicha escritura, y no auiendolo hecho incurriò en pena de falsario, y en priuacion de oficio.

127 ¶ La segunda, el auer repetido la dicha doña Mariana en el dicho codicilo los llamamientos del vinculo a que se referia, siendo asi que como se supone del pleyto mismo, estaua ya destituyda de sentidos, y que no podia hablar, y asi no es verisimil tuuiesse memoria para referir los dichos llamamientos.

128 ¶ De que resulta por todos medios que la disposicion de la dicha Catalina Rodriguez no fuè de vinculo y mayorazgo, si no de fideicomisso familiar, y que las disposiciones que en contrario se han hecho vinculandolos, como es la de Fray Esteuan de Quero, y la escritura de transacion del año de ocho, son nulas, y no pudieron hazerlo los que intervinieron en ellas, y demas de esso falsa la dicha escritura de transacion; para que se declaren por bienes de fideicomisso todos los de la disposicion de Catalina, y pertenecer la mitad de ellos a doña Ana de Quero, y asi lo espero. Salva in omnibus V. D. C.

Licenc. D. Iuan Terrona Perea.